

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

UMA ANÁLISE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL SOB A LEGITIMIDADE E A TOLERÂNCIA DE RAWLS

*AN ANALYSIS OF THE RECOGNITION OF HOMOAFECTIVE RELATIONSHIP
IN BRASIL ON THE LEGITIMACY AND TOLERANCE OF RAWLS*

Daniela Cristina Bruschi de Mattos¹

Bruno Smolarek Dias²

SUMÁRIO: Introdução; 1. União Homoafetiva em suas características e na perspectiva dos Direitos Humanos; 2. O processo de Reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal: Uma questão de Legitimidade e Tolerância; Considerações finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

A homoafetividade sempre gerou polêmica na sociedade. Já foi tida como doença e como crime e, infelizmente, mesmo após tantas evoluções, a maioria ainda se mostra contra a diferente orientação sexual dos indivíduos homoafetivos. Porém, os grupos compostos por Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros (LGBT's) não podem ser ignorados, pois cada vez mais buscam o reconhecimento legislativo e a aceitação social. No Brasil, a ausência de reconhecimento legislativo foi remediada através de jurisprudência. No ano de 2011 o Supremo Tribunal Federal, em votação unânime, concedeu à união estável homoafetiva os mesmos direitos da união estável heteroafetiva, já em outros países o direito já pode ser encontrado na forma de lei. Entretanto, o maior problema ainda é o da aceitação social, que se trata da legitimidade buscada pelos pares homoafetivos. É essa aceitação que impede que a

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR, Unidade Universitária de Francisco Beltrão – PR. Aluna de Iniciação Científica nos anos de 2015 e 2016. E-mail: <danimattos70@gmail.com>.

² Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - Unipar. E-mail: <professorbruno@unipar.br>.

omissão legal seja suprida, pois sendo o Brasil um país democrático, não pode impor aos demais algo que não concordam. A solução para isso é mais trabalhosa e demorada do que a lacuna legislativa, pois exige a reeducação da população que ainda discrimina os homoafetivos. Esse estudo buscou encontrar soluções para os problemas enfrentados pelos grupos LGBT's, principalmente no que tange a questão da legitimidade através da teoria da Tolerância de Rawls.

Palavras-Chave: Homoafetividade; garantias constitucionais; legitimidade; tolerância.

ABSTRACT

Homoaffective relationship always generated controversy in society. It has been regarded as a disease and as a crime and, unfortunately, even after so many changes, most people are still against different sexual orientation of homosexual individuals. Though, LGBT's groups can not be ignored, because increasingly they are looking for legislative recognition and social acceptance. In Brazil, the legislative recognition was supplied through jurisprudence. In 2011 the Supreme Court, in a unanimous voting, granted to the homoaffective common-law marriage the same rights of heterosexual common-law marriage, in other countries this right can already be found in the form of law. However, the biggest problem is still the social acceptance, it is the legitimacy sought by homosexual couples. It is this acceptance that prevents the legislative gap is supplied, as being Brazil a democratic country, it can not impose on others something they do not agree. The solution to this is more laborious and time-consuming than the legislative gap, since it requires the re-education of the population that still discriminates homosexuals. This study sought to find solutions to the problems faced by LGBT group's, especially regarding the issue of legitimacy through John Rawls theory of Tolerance.

Keywords: *Homoaffective; Constitutional warranties; legitimacy; tolerance.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a união e a família homoafetiva, através de seu reconhecimento no Brasil, visto a existência de lacuna legislativa e a forma na qual esta foi suprida pelo Judiciário.

A solução dada pelo Supremo Tribunal Federal soluciona o problema prático daqueles que desejam oficializar sua relação perante as entidades públicas, no

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

entanto, percebe-se que esta não é suficiente no que tange ao preconceito que este grupo populacional ainda sofre.

As mudanças, ocorridas na sociedade, produzem necessárias alterações no ordenamento jurídico. Os problemas sociais enfrentados pelos cidadãos alteram-se com o passar do tempo e as estruturas de controle social devem acompanhar, adequar e adaptar este processo.

Todos os seres humanos são possuidores de direitos, desde seu nascimento até o momento de sua morte, regra geral, de acordo com as Cartas Internacionais de Direitos Humanos. Apesar desta prescrição, determinados grupos sociais encontram maiores dificuldades no gozo dos direitos conquistados socialmente, como ocorre para os grupos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Transgêneros (LGBT's).

O ordenamento jurídico brasileiro não traz o reconhecimento dos direitos de união e de casamento do grupo LGBT, ou homoafetivo, mediante legislação, fruto de reflexão dos representantes do povo. Existe uma decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal em 2011, que concedeu uma reinterpretação do artigo 1.723 do Código Civil na conversão das uniões estáveis em casamento.

Referido artigo trata da união estável entre homem e mulher e sua conversão em casamento. Através da decisão do Supremo, por meio de aplicação de interpretação analógica fundada nos princípios constitucionais, pode ser utilizado para casais homoafetivos, que desejem ver suas relações oficializadas perante o governo brasileiro.

Como dito anteriormente, a alternativa encontrada pelo judiciário brasileiro trata-se disso, de uma alternativa, visto a não atuação por parte do legislativo, órgão responsável pela tutela dos interesses do povo na criação de normas jurídicas.

Esta ruptura pode ser superada através da teoria da tolerância de John Rawls, como instrumento de suprimir a lacuna de legitimidade, proporcionando a

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

aceitação, e com esta o fim das hostilidades e preconceitos para referido grupo populacional.

A pesquisa contará com a apresentação de pontos teóricos, bibliograficamente levantados, bem como das questões apresentadas durante a sessão de julgamento do referido tema pelo Supremo Tribunal Federal. Serão utilizados os instrumentos das categorias, e conceitos operacionais para melhor adequação e compreensão textual.

1. UNIÃO HOMOAFETIVA EM SUAS CARACTERÍSTICAS E NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos devem ser visualizados como um conjunto de direitos pertencentes a todos os seres humanos, e cuja aquisição fosse baseada apenas neste *status*. Segundo DALLARI, "Todos os seres humanos devem ter asseguradas, desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar"³.

Assim sendo, os direitos humanos funcionariam como requisitos para uma boa convivência humana, de forma indispensável e fundamental, sendo que de seu reconhecimento e aplicação surjam fruto de conquistas históricas. De acordo com Flávia Piovesan, "Refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social"⁴.

Neste ponto, podemos citar o que disse Norberto Bobbio e seus companheiros, no livro Dicionário de Política, "Luta-se ainda por estes direitos, porque após as grandes transformações sociais não se chegou a uma situação garantida definitivamente, como sonhou o otimismo iluminista"⁵.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2. Ed. São Paulo: Moderna, 2004. P. 12

⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 8.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11. Ed. Brasília: UNB, 1998. P. 355.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Servindo de base para a construção social, os Direitos Humanos, devem ser respeitados por todos, incluso, e mormente, o Estado na consecução de seus afazeres e no planejamento de ações em benefício de seus governados⁶.

Um dos grandes debates hoje existentes, como visto nos trabalhos de Jürgen Habermas⁷ e Peter Haberle⁸, trata da multiculturalidade que permeia nossa sociedade. Descobrir e determinar quais formas de melhor proteger os interesses dos componentes populares, ou grupos sociais identificáveis, em uma esfera de incidência global de direitos.

A vontade destes grupos ou pessoas deve estar representada no ordenamento jurídico, visto que este deve retratar a real composição das forças sociais existentes em uma determinada sociedade, como já asseverava Lassalle⁹.

A carência de representatividade, traduza-se de legitimidade será objeto de análise mais adiante, passa-se então a tratar da ilustração da luta e posteriormente dos direitos questionados por parte dos grupos LGBT's.

1.1 A CONQUISTA DOS DIREITOS HUMANOS SOB O PONTO DE VISTA DA COMUNIDADE LGBT

Vistos os Direitos Humanos seres universalizados e contemplados a todos os seres humanos, seria dizer que, ao menos teoricamente, eles não precisariam ser reivindicados por partes do grupamento social, no entanto é bem sabido que esta visão seria utópica ou ingênua por qualquer observador social.

O atual movimento que busca a legitimação dos Direitos Humanos para lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais começou há algumas décadas. Em junho de

⁶ DIAS, Bruno Smolarek. **Direitos Humanos e seus problemas de efetivação**. Cascavel: Smolarek, 2009.

⁷ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: Ensaio político**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

⁸ HABERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

⁹ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

1969 ocorreu a chamada “Rebelião de Stonewall”, como marco histórico, mas necessário se faz explicar seus fundamentos.

Stonewall era um bar frequentado por gays na cidade de Nova Iorque, um bar que, rotineiramente, recebia batidas policiais que buscava a exposição dos homossexuais perante os demais componentes sociais, com humilhações e as vezes até prisões indevidas.

No dia de 28 de junho de 1969 o público que frequentava o bar se revoltou perante a polícia não considerando esta prática como sendo aceitável. Lembremos que neste período estavam ocorrendo também os movimentos pelos Direitos Civis, os discursos contra a segregação e participação de figuras como Martin Luther King.

No ano de 1970, na data de 28 de Junho, em decorrência do movimento de Stonewall, foi realizada na cidade de Nova Iorque uma parada, com o objetivo de conscientização da população com relação a discriminação sofrida pela comunidade LGBT, e reforçando que a sua situação, de diferença do padrão socialmente estabelecido, era motivo de orgulho.

Anualmente, como marco comemorativo desta data e luta, existem paradas em várias cidades do mundo com o mesmo objetivo e no Brasil ela é intitulada como movimento do Orgulho Gay.

A atuação da polícia norte americana traduz um comportamento que não é inédito, a repressão à comunidade LGBT como criminosos. Situação similar ocorreu na Inglaterra, na qual os homossexuais eram condenados a castração química, como o célebre caso de Alan Turing, retratado em recente filme.

Já em outros países, a homossexualidade era tida como uma patologia e foram inventadas diversas “curas” para a doença. Como conta Rios o “homossexualismo” era considerado: “{...} como sintomas de uma doença que acomete o indivíduo, cuja presença identifica-o como homossexual, em

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

contraposição a uma condição normal, tida como saudável denominada heterossexualidade¹⁰”.

A título de ilustração, durante a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha, a homossexualidade era tida como comportamento inaceitável. Os prisioneiros homossexuais eram mandados para campos de concentração, eram então separados dos demais, os homens tinham em seus uniformes triângulos cor de rosa, e as mulheres triângulos negros¹¹.

A princípio, os nazistas não pretendiam exterminar os homossexuais, mas sim curá-los. Assim, foram submetidos a tratamentos muito cruéis. No campo de concentração de Flossenbürg, foi aberto uma casa de prostituição, que os homossexuais eram forçados a visitar, com o intuito de forçar relações para com o padrão, pretensamente aceitável de comportamento¹².

Os tratamentos a que os “doentes” eram submetidos eram extremamente desagradáveis, invasivos, e dolorosos.

No Brasil, devido ao regime rígido da ditadura militar, o movimento pelos direitos humanos LGBT demorou um pouco mais para deslanchar. Aos poucos surgiram grupos em São Paulo, Bahia e alguns outros Estados. (REIS, 2012, p.56)

1.2. O binômio Liberdade e Igualdade

¹⁰ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2001. p. 38.

¹¹ REIS, Toni. *Avanços e Desafios para os Direitos Humanos das pessoas LGBT*. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Minorias Sexuais: Direitos e preconceitos**. Brasília: Consulex, 2012. P. 55.

¹² LIMA, Cláudia de Castro. **A história da homossexualidade e a luta pela dignidade**. Aventuras na História: para viajar no tempo. Publicado em 13 de Nov. 2012. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/historia-homossexualidade-luta-pela-dignidade-718218.shtml>>. Acessado em: 01 de Set. 2016.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A constante luta pelo reconhecimento de Direitos para o povo, passa pela discussão destes dois institutos jurídicos em específico. Os Direitos Humanos, num primeiro momento, enquanto ciência debruçou-se sobre a liberdade.

Trouxe à luz a necessidade do reconhecimento do homem enquanto sujeito de direito, “os chamados direitos de liberdade, que são direitos às chamadas prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo”¹³.

Por alguns autores estes ainda são chamados de Direitos de defesa, no qual o indivíduo teria direito a liberdade de levar sua vida, independentemente do controle, ou ação estatal, que se acaso viesse, poderia este dela se proteger.

Esta limitação ao poder do Estado foi atingida por intermédio do Princípio da Legalidade, restringindo o poder do Estado àquilo que estivesse determinado em lei¹⁴.

[...] o homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto, não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros¹⁵.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 82.

¹⁴ DIAS, Bruno Smolarek. **Direitos Humanos e seus problemas de efetivação**. Cascavel: Smolarek, 2009.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006. P. 11.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Essa questão introduz um ponto importante na vertente deste artigo, a intervenção do Estado na concepção do conceito de família, como ocorre na questão do casamento.

O Estado, ente de direito público, governa as relações sociais, dentre estas as públicas e privadas. Visto como o garantidor e representante dos direitos das pessoas, o Estado responde aos comandos sociais que usualmente provém da generalidade ou maioria social. As camadas chamadas de minoritárias possuem dificuldades em se fazer ouvir e representar¹⁶.

O interesse das camadas LGBT é o de usufruir os mesmos direitos dados a todos os outros estratos sociais, o corolário do Direito da Igualdade. Nesse sentido, o Estado ao regular num determinado momento, com base nos interesses majoritários da população brasileira, qual a modalidade de composição da sociedade conjugal, exclui um de seus grupos componentes, impondo-lhes a pecha de inaceitáveis.

Indiscutivelmente, boa parcela da sociedade brasileira é religiosa, e raramente se encontra uma posição, nas mais variadas religiões, favorável à questão da homossexualidade, por mais que tenhamos posições importantes como a do atual Papa.

Segundo este, a igreja deveria ser mais compreensiva com os homossexuais e respeitá-los ao invés de buscar excluí-los cada vez mais, como demonstrou em uma entrevista no ano de 2013, dizendo: "Se uma pessoa é gay, busca Deus e tem boa vontade, quem sou eu para julgá-la? {...} Diz que não se deve marginalizar estas pessoas por isso. É preciso integrá-las à sociedade"¹⁷.

¹⁶ DIAS, Bruno Smolarek. *Uma nova leitura de "O Conceito do Político" de Carl Schmitt*. In: KOZICKI, Katya. **Teoria jurídica no século XXI: reflexões críticas**. Curitiba: Juruá, 2007.

¹⁷ LOPES, Adriana Dias. *'Se um gay busca Deus, quem sou eu para julgar', diz papa*. Seção Mundo. **Revista VEJA**. Publicado em 29 de Jul. 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/se-um-gay-busca-deus-quem-sou-eu-para-julgar-diz-papa/>>. Acesso em: 06 de Nov. 2016.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Normal encontrar locais religiosos com o objetivo de “curar” a homossexualidade, como conta João Silvério Trevisan em seu livro *Devassos no Paraíso*:

“... a homofobia comparece, com redobrada virulência, através desses empresários da fé e da moral. E os fatos não se restringiram a meros ataques verbais: em Salvador abriu-se um centro evangélico para “recuperação” de homossexuais, liderado por um vereador local, enquanto em São Gonçalo (estado do Rio de Janeiro) foi criada uma igreja evangélica especializada em “curar” homens homossexuais, cujo objetivo manifesto é fazer o pecador sentir desejo por mulher¹⁸”.

Ser gay não é sinônimo de ser ateu, muitos nascem em famílias religiosas, rigorosas e seguem esses ensinamentos, frequentam igrejas desde criança e sonham em casar-se ali. Mas se a busca pela mudança na legislação já é árdua, a tentativa de mudar a posição rigorosa da igreja é mais ainda. Em alguns países a religião já se flexibilizou, permitindo a união religiosa entre pares homoafetivos, esses países são: Noruega, Suécia e Dinamarca¹⁹.

As mudanças culturais que acontecem no mundo não poderiam ser diferentes no Brasil, aqui, os grupos LGBT’s também buscam seus direitos, como o casamento e, sendo o Brasil um Estado laico, e o casamento um direito civil que não deve ser negado a nenhum indivíduo, a forma mais liberal de tratar o assunto seria a diminuição, quase que total, da participação do Estado em assuntos religiosos.

Assim, o casamento religioso seria apenas religioso, sem causar nenhum efeito civil. O casamento civil seria um contrato permitindo a cada um o modo que

¹⁸ TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. P. 20.

¹⁹ G1. *Veja lista de países que já legalizaram o casamento gay*. Seção Mundo. **G1**. Publicado em: 26 de Jun. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/veja-lista-de-paises-que-ja-legalizaram-o-casamento-gay.html>>. Acessado em: 06 de Nov. 2016.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

desejasse de contrair família, dentro dos parâmetros legais, inclusive para os homossexuais²⁰.

Neste ponto se faz primordial elencar o princípio da autonomia da vontade. Por mais que se entenda este como um princípio civilista vinculado aos contratos, ele é a base de todo o Direito Civil, nisto incluso o Direito de Família.

A atenção ao princípio traria a possibilidade de formar a sua família de maneira livre, incluso com o potencial de inclusão nos registros oficiais (casamento), seja com quem for. A escolha se dá pela pessoa, e não necessariamente pela sexualidade.

2. O PROCESSO DE RECONHECIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA QUESTÃO DE LEGITIMIDADE E TOLERÂNCIA

Neste ponto se faz necessário estabelecer o conceito de família e sua interpretação legislativa pelo ordenamento jurídico brasileiro. A família, enquanto fenômeno social basilar, foi representada no texto legal.

Apesar do Código Civil ser do ano de 2002, seu projeto deu início em 1975, antes de muitas evoluções acontecerem na sociedade. Assim, utiliza-se neste artigo o conceito de Maria Berenice Dias, em seu livro Manual de Direito das Famílias, que dispõe:

“Dispondo a família de várias formatações, também o direito das famílias precisa ter espectro cada vez mais abrangente. Assim, difícil sua definição sem incidir num vício de lógica. Como esse ramo do direito disciplina a organização da família, conceitua-se o direito de família com o próprio objeto a definir. Em consequência, mais do que uma definição, acaba sendo feita a enumeração dos vários institutos que regulam não só as relações entre pais e filhos, mas também entre cônjuges e conviventes, ou seja, a

²⁰ SANTORO, Bernardo. **Sobre o Casamento Gay e Liberdade de Expressão na visão liberal**. Instituto Liberal. Publicado em: Mar. 2015. Disponível em: <www.institutoliberal.org.br>. Acesso em: 19 de Agosto de 2016.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

relação das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade”²¹.

O conceito de Maria Berenice não faz menção alguma à diferença de sexo das pessoas que compõem a entidade familiar, pois até mesmo a Constituição Federal de 1988 não traz qualquer referência a determinado tipo de família.

Maria Berenice inclusive deixa claro que família, atualmente, é um termo cada vez mais abrangente. Encontramos várias espécies de família nos dias de hoje, e não somente a família matrimonial, oriunda do casamento, há também a família não matrimonial²² que se subdivide em monoparental e família união estável, a pluriparental²³, a paralela²⁴, unipessoal²⁵, anaparental²⁶, eudemonista²⁷ e, por último, a família homoafetiva.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 33-34.

²² Subdivide-se em família monoparental, que, para Figueiredo (2014, p. 61) “...formada por quaisquer dos pais e seus descendentes, a exemplo de um viúvo e sua prole...” e família União Estável, Figueiredo (2014, p.85) “aqueles que já vivem em um núcleo familiar legítimo.” FIGUEIREDO, L.; FIGUEIREDO, R. **Direito Civil: Família e Sucessões**. Editora Jus Podivm, 2014.

²³ Para Pablo Stolze são “famílias reconstituídas por divórcios e novos casamentos”. GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 451

²⁴ Equivale ao concubinato. Para Figueiredo homens que, mesmo já sendo casados, mantém vínculo afetivo com outra mulher fora do casamento. FIGUEIREDO, L.; FIGUEIREDO, R. **Direito Civil: Família e Sucessões**. Editora Jus Podivm, 2014. p. 279.

²⁵ É a entidade familiar encontrada no enunciado da Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2010), in verbis: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

²⁶ Figueiredo “consiste naquela em que inexistente a presença de um pai, mas cujo núcleo familiar persiste, porquanto o afeto. Exemplifica-se com dois irmãos que residem juntos”. FIGUEIREDO, L.; FIGUEIREDO, R. **Direito Civil: Família e Sucessões**. Editora Jus Podivm, 2014. p. 65.

²⁷ Para Figueiredo, eudemonismo é a busca do sujeito pela felicidade. “onde a busca pela felicidade será realizada através da construção da dignidade humana dos integrantes, nesta união plena de vida.” FIGUEIREDO, L.; FIGUEIREDO, R. **Direito Civil: Família e Sucessões**. Editora Jus Podivm, 2014. p. 134.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A família Homoafetiva no conceito de Stolze define-se “como o núcleo estável formado por duas pessoas do mesmo sexo, com o objetivo de constituição de uma família²⁸”.

Inclusive, é válido ressaltar o que dispõe o parágrafo único do art. 5ª da Lei Maria da Penha:

“Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.” (Grifei)²⁹.

Atualmente, o que importa não é o conceito clássico de família, mas sim o afeto. Neste passo podemos citar o que disse o Ministro Luiz Fux em seu voto na Arguição de Descumprimento de preceito fundamental em 2011:

“A garantia institucional da família insculpida no art. 226, caput, da Constituição da República, pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíprocos ente os membros, bem como a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade”³⁰.

Portanto, não há que se falar em um único conceito de família, que deriva exclusivamente da união entre homem e mulher, união que só pode ser reconhecida após o casamento. Isto foi há séculos e, levando em consideração

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p.415.

²⁹ BRASIL. Lei 11340/06. **Lei Maria da Penha**. *Vade Mecum* especialmente preparado para a OAB e Concursos / organização Darlan Barroso e Marco Antonio Araujo Junior. – 2a edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1777.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro**. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado em: 14 de outubro de 2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>. Acesso em: 14 de Agosto de 2016.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

que o Direito deve sempre se adequar com as mudanças que ocorrem na sociedade, inadmissível seria supor que este conceito ainda se aplica nos dias de hoje.

2.1. A FAMÍLIA E O CASAMENTO: A DISCUSSÃO ANTERIOR E A FEITA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Até o século XVIII a família só era aceita como fruto do casamento. Naquela época, por ser a sociedade mais conservadora, essa era a única maneira de uma família ser socialmente aceita e digna de direitos. O matrimônio tinha como intuito a procriação, seu crescimento demonstrava melhores condições para o desenvolvimento da família.

Foi a revolução industrial que fez com que este quadro começasse a mudar, visto que a mulher que até então era um ser subordinado ao marido, precisou sair de casa e começar a trabalhar. Após isso, a chefia da família que era exclusiva do marido, começou a ser dividida também com a esposa, e os laços familiares se fixaram com afeto. Desse modo, ao cessar o afeto, o vínculo da família é corrompido e o único modo de se garantir os direitos da pessoa é a separação entre os cônjuges³¹.

Um dos principais requisitos para a existência da família atualmente não é a consanguinidade, mas sim a afetividade e estabilidade. Sendo encontrados esses requisitos, não há porque excluir qualquer entidade familiar.

O motivo usual que leva duas pessoas a se casarem é o amor, a vontade de unir-se com alguém para o resto de sua vida. Ter uma casa, ter filhos, viajar, dividir as despesas e todos os demais atos que envolvem duas pessoas que se comprometem uma para com a outra.

³¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 30.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Quando analisamos o desejo de casais homoafetivos o motivo para que esses decidam se casar é mesmo, unir sua vida a outra pessoa com quem pretendem passar o resto de sua vida.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 prevê a proteção do Estado para a entidade da família, e em seu parágrafo 3º prevê a mesma proteção para as famílias vindas de união estável, que segue "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento"³² (grifo dos autores).

Por razão da delimitação do conceito da proteção estatal ser dada ao relacionamento entre um homem e uma mulher, foi denegado o reconhecimento das relações homoafetivas. Para que tal reconhecimento fosse dado, seria necessária a alteração da disposição do artigo constitucional.

A alteração do disposto no artigo é possível de duas maneiras, através da via legislativa ou da via judiciária. O legislativo como órgão do Estado formado por representantes do povo, criando normas para seu interesse, seria o organismo mais usual para esta alteração.

No entanto, como dito anteriormente, o Estado responde aos comandos dos seus componentes sociais. De forma que, a representatividade não é a mesma a todos os grupos formadores da sociedade. Havendo maior representação dos grupos majoritários em detrimento dos minoritários.

Assim, pela via legislativa não foi possível a alteração desejada, obrigando aos interessados a procurar ao Judiciário por uma solução, esta foi proposta através de ações de controle de constitucionalidade perante o STF, na sua modalidade concentrada, possibilitando efeitos a todas as pessoas³³.

³² BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

³³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Em 2011, em uma decisão proferida pelo STF devido ao julgamento conjunto entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132³⁴, passou a expandir o conceito de entidade familiar inserindo a união entre pessoas do mesmo sexo.

Fazendo uso de analogia, a Suprema Corte, em decisão unânime, decidiu afastar qualquer tipo de discriminação em razão da preferência sexual, reconhecendo que a união estável homoafetiva é possuidora dos mesmos direitos que a união estável entre homem e mulher. Como explicitado pelo Ministro Luiz Fux:

A união homoafetiva se enquadra no conceito constitucionalmente adequado de família. O art. 226, §3º, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais³⁵.

Em virtude de tal decisão, embora não tenha havido a efetiva alteração do texto constitucional, a união estável homoafetiva agora pode ser convertida em casamento, posto que, o dispositivo legal passou a ser interpretado em comunhão com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. No entanto, devem estar presentes os mesmos requisitos necessários para a caracterização da união estável entre casais heterossexuais.

Cumprido esclarecer que, num primeiro momento isso não foi suficiente, pois alguns cartórios se negavam a realizar o casamento, por convicções religiosas,

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro**. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado em: 14 de outubro de 2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>. Acesso em: 14 de Agosto de 2016.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro**. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado em: 14 de outubro de 2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>. Acesso em: 14 de Agosto de 2016.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

morais, éticas ou qualquer outro motivo que achassem que pudesse justificar negar o pedido de casais homossexuais ao direito de se casarem.

Em 2013, para cessar a polêmica, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou uma resolução que obriga os cartórios a celebrar o casamento civil e converter a união entre pessoas do mesmo sexo em casamento³⁶.

O direito ainda não pode ser encontrado em nossas leis, mas é preciso recebê-lo com alegria, pois são decisões como essa que podem começar a mudar o pensamento de quem ainda considera se gay, uma doença. Não há o menor fundamento em restringir direitos civis à determinado grupo da sociedade, e somente a eles.

2.2. A LEGITIMIDADE E A TOLERÂNCIA PARA JOHN RAWLS

Noutros países, a fim de solucionar a omissão legal e regularizar a condição de pares homoafetivos, foi criado o instituto da união civil. No entanto, embora a intenção seja louvável, na visão do jurista Medeiros³⁷ essa nova categoria perpetua a discriminação conforme demonstrado a seguir:

Como se pôde se observar no debate sobre a rotulação inferiorizante promovida pelas PDR [Parcerias Domésticas Registradas] e pelo modelo britânico de união civil, não há, nesses institutos, a ampliação da identidade constitucional rumo à inclusão da homossexualidade (ou da identidade homossexual), na medida em que se verifica a criação de uma cidadania e segunda classe, menos igual que a igualdade dos outros. Há apenas a promoção da tolerância e a tolerância não reconhece outras identidades. [obs: o respeito, ao contrário, reconhece as outras identidades como merecedoras de igual proteção].

³⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciado Administrativo nº 14**, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Ministro: Joaquim Barbosa. Edição nº 89/2013 Brasília - DF, quarta-feira, 15 de maio de 2013.

³⁷ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de, **A constitucionalidade do casamento homossexual**. 1ª Edição, São Paulo: Editora LTR, 2008. p. 91.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Nota-se que não é uma opção que concede aos casais homoafetivos os mesmos direitos que o de casais heteroafetivos. Em realidade é um instituto que restringe alguns direitos, ao invés de concedê-los.

No Brasil, a proposta da união civil entre pares do mesmo sexo foi sugerida pela então deputada Marta Suplicy e está pronta para ser votada desde 1997. Mas, apesar de conceder alguns direitos importantes, ela não altera o estado civil. Seria basicamente um contrato entre o casal, realidade esta que já é amparada por decisões judiciais prolatadas nas problemáticas concretas.

Em 2013, de autoria dos deputados Jean Wyllys e Érica Kokay, existe a proposta do casamento gay, que difere da proposta da união civil. A proposta visa alterar o Código Civil, incluindo o casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Além do Código Civil, os deputados também propõem a alteração do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, que ficaria previsto da seguinte forma: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre duas pessoas, sejam do mesmo ou de diferente sexo, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento"³⁸.

O ideário de alteração legislativa tem fundamento na legitimidade.

"A legalidade de um regime democrático, por exemplo, é o seu enquadramento nos moldes de uma constituição observada e praticada; sua legitimidade será sempre o poder contido naquela constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática"³⁹.

Assim sendo a legislação e a legitimidade interagem em função dos valores existentes em uma sociedade. De forma que, "a legitimidade assim considerada

³⁸ MARTINS, Renata. **União Civil e Casamento Homoafetivo: entenda a diferença**. EBC. Publicado em: Set. 2014. Atualizado em: Jun. 2015. Disponível em: <ebc.com.br>. Acesso em: 17 de Ago. 2016.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. Ed. 9. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 141.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

não responde aos fatos, à ordem estabelecida, aos dados correntes da vida política e social, segundo o mecanismo em que estes se desenrolam"⁴⁰, visto tratar-se de ponto de vista filosófico.

Mas, tal legitimidade "inquire acerca dos preceitos fundamentais que justificam ou invalidam a existência do título e do exercício do poder, da regra moral, mediante a qual se há de mover o poder dos governantes para receber e merecer o assentimento dos governados"⁴¹.

Por vezes, o reconhecimento da relação homoafetiva como vinda, pelo judiciário, proporciona uma reflexão. No entanto, não a legitimidade almejada, visto que foi reconhecida por um conjunto de togados, juristas formados, que não representam os interesses e valores da maioria dos componentes populacionais.

Desta maneira, constata-se que a aceitação popular ainda não ocorreu. Afinal, embora reconhecido o direito a constituição de união homoafetiva pelo Poder Judiciário, subsiste a omissão legislativa, deflagrando a existência de discriminação social acerca do instituto. As decisões normativas do Poder Judiciário possibilitam a realização dos atos civis relacionados a convivência mútua, mas não as tornam socialmente aceitas.

Uma das formas visualizadas para possibilitar a supressão desta lacuna, de forma legítima, seria a incorporação no ordenamento jurídico da proposta de lei apresentada pelos então deputados Jean Willys e Érica Kokay.

O Poder Legislativo como órgão típico na criação de leis, através de representação popular, possibilitaria a inferência de que houve, ao menos em tese, a aceitação da maioria dos representantes do povo.

Para que isto ocorra, pugna-se pela utilização do Princípio da Tolerância como descrito por John Rawls. Não como um processo de obrigação, mas de restrição.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. Ed. 9. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 145.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. Ed. 9. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 146.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Entende-se que todos tenham o direito de busca da felicidade, como bem disposto na carta constitucional norte-americana, vivendo em sociedade.

O fato de se estar em uma sociedade parte do pressuposto da limitação de interesses em prol de um bem comum, de forma que não é possível designar um grupo populacional que esteja sempre certo, ou que possa ser feliz em detrimento de outros.

Visto não existir direitos absolutos, para grande parte da doutrina⁴², esta busca pela felicidade, seja individual ou coletiva, é restrita pela existência de valores e grupamentos distintos convivendo na mesma sociedade multicultural.

Logo, para que todos sejam felizes, de maneira não absoluta, os indivíduos ou grupos específicos devem entender a inexistência de felicidade plena, restringindo sua parcela de felicidade, possibilitando a estes que também encontrem sua felicidade.

Catherine Audard, ao prefaciar a obra de Rawls, sintetiza bem esta situação:

A noção-chave é da equidade, que traduz mais ou menos bem a expressão *fairness*. Em lugar de um critério único de arbitragem, Rawls propõe uma situação mental, uma espécie de experiência pelo pensamento que cada indivíduo pode fazer quando compreende que deve restringir (no sentido de recusa da pleonexia em Aristóteles) sua busca da felicidade para torna-la compatível com a dos outros. Irá então procurar quais são os princípios que deverá adotar para guiar essa arbitragem de forma que ela lhe seja benéfica, claro, mas também aceitável pelos outros, no respeito da liberdade de cada, pois é assim que seus interesses serão protegidos de maneira duradoura. [...] Já não há um critério único de arbitragem dos conflitos, mas uma conduta mental, individual e voluntária, que deverá ser refeita sempre que necessário, e que conduz a um certo resultado, equitativo

⁴² DIAS, Bruno Smolarek. **A Tutela dos Direitos Humanos Sociais pelos Tribunais Internacionais: prospectiva de reconhecimento do Direito à Educação como potencial norma de *jus cogens***. 280 fls. Tese [Doutorado em Ciências Jurídicas]. Centro de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí – SC, 2014.

porque as condições da escolha, assim como o procedimento seguido, também o foram e que, em seguida, guiará legisladores e magistrados em suas decisões. Esse resultado são os princípios de justiça "que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação"⁴³.

Para Rawls, a solução do problema da aceitação social seria atingida se cada indivíduo aceitasse o próximo da forma que ele é. Sem a necessidade de defendê-lo, apenas aceitá-lo e deixá-lo viver sua vida da maneira que bem entender, pois isto não muda em nada o rumo que destinou para si.

Apesar de simples, é uma solução que precisa ser trabalhada. A proposição por Rawls tem duas etapas distintas. Em um primeiro momento viria a tolerância, a designação de reconhecimento para com a situação de que aquela pessoa, por ser pessoa, possua os mesmos direitos que todos os componentes sociais.

Este processo vem sendo aplicado no Brasil por meio de cartilhas e palestras escolares com fulcro nos Direitos Humanos. O direcionamento da política pública aos infantes se justifica de forma a possibilitar a construção dos valores na maturação do sujeito de direito.

A tolerância pode implicar em um erro, que seria o reconhecimento de Direitos a determinado grupo, no entanto, rechaçando a possibilidade de convivência ou aplicando a este grupo elementos discriminatórios. Traduza-se, não se defende o reconhecimento do grupamento social como inferior, e sim como sujeito titular dos mesmos direitos, em igual patamar de poderes perante a sociedade.

Obtendo êxito nesta árdua tarefa, ocorrerá a conscientização do sentimento de igualdade, que proporcionaria de maneira incidental a convivência multicultural, ou seja, a tolerância leva a aceitação. Mesmo discordante nos pontos de vista ou escolhas de vida, a aceitação proporcionaria a ruptura do processo discriminatório. Sendo que este desidério somente se visualiza através do

⁴³ RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.31 a 33.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

potencial educativo existente em uma sociedade, pois esta solução não pode ser imposta, mas sim compreendida, maximizando seus efeitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo foram trabalhadas as questões relativas ao reconhecimento das Uniões Homoafetivas, mormente no que se refere a sua possibilidade de ser tratada como casamento.

Primeiramente foram tratadas as características destas uniões entre pessoas do mesmo sexo, bem como sua caracterização perante os Direitos Humanos. Sendo necessário estabelecer que em determinados momentos os Direitos Humanos funcionam como mecanismos de defesa contra a exação do Estado, possibilitando a liberdade na condução de sua vida privada.

Um cotejo de explicações históricas sobre o movimento de reconhecimento dos direitos dessa comunidade específica. Neste quesito também foi explorada a questão sobre se o Estado tem ou não poderes ou prerrogativas para influir nos desígnios de estrutura familiar, e apontamentos sobre as modalidades familiares.

Numa segunda parte foi estabelecida a forma na qual as relações homoafetivas foram verificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, até sua conclusão do julgamento do Supremo Tribunal Federal, em que estas relações foram tornadas possíveis.

As questões das relações homoafetivas foram estruturadas em função dos institutos da legitimidade e da tolerância. A legitimidade diferida oriunda do judiciário em detrimento da inserção por parte do legislativo.

A tolerância deve ser ensinada desde cedo, durante a criação do ser humano. A falta dela foi o que levou os países terem em sua história casos como o holocausto, por exemplo.

Todos recebem educação, por nossos pais, escolas, através dos professores, ou pelo menos é isso que deveria acontecer, o que não obtemos deles, procuramos

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

na sociedade, no meio em que convivemos, assim começa nossa construção cultural.

É dessa construção que os indivíduos começam a ter o senso do que é certo e do que é errado, e se forem ensinados que ter determinada cor, determinado gosto musical ou determinada condição sexual deve ser considerado errada, é assim que irão ver as demais pessoas que são diferentes deles.

Por isso a importância de começar a educar as pessoas para que tolerem o diferente, que aceitem que nem todos são iguais, mas que todos procuram os mesmos objetivos e que são dignos dos mesmos direitos, e essa busca em nada irá interferir em suas vidas particulares, afinal, o que cada um faz com sua vida é problema seu. Os rumos que toma para si em nada irão afetar as pessoas que estão fora do seu círculo social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11. Ed. Brasília: UNB, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. Ed. 9. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei 11340/06. **Lei Maria da Penha**. *Vade Mecum* especialmente preparado para a OAB e Concursos / organização Darlan Barroso e Marco Antonio Araujo Junior. – 2ª edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1777.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro**. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado em: 14 de outubro de 2011. Disponível em:

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 14 de Agosto de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciado Administrativo nº 14**, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Ministro: Joaquim Barbosa. Edição nº 89/2013 Brasília - DF, quarta-feira, 15 de maio de 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2. Ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DIAS, Bruno Smolarek. **A Tutela dos Direitos Humanos Sociais pelos Tribunais Internacionais: perspectiva de reconhecimento do Direito à Educação como potencial norma de *jus cogens***. 280 fls. Tese [Doutorado em Ciências Jurídicas]. Centro de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí – SC, 2014.

DIAS, Bruno Smolarek. **Direitos Humanos e seus problemas de efetivação**. Cascavel: Smolarek, 2009.

DIAS, Bruno Smolarek. *Uma nova leitura de "O Conceito do Político" de Carl Schmitt*. In: KOZICKI, Katya. **Teoria jurídica no século XXI: reflexões críticas**. Curitiba: Juruá, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FIGUEIREDO, L.; FIGUEIREDO, R. **Direito Civil: Família e Sucessões**. Editora Jus Podivm, 2014.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

G1. *Veja lista de países que já legalizaram o casamento gay*. Seção Mundo. **G1**. Publicado em: 26 de Jun. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/veja-lista-de-paises-que-ja-legalizaram-o-casamento-gay.html>. Acessado em: 06 de Nov. 2016.

GAGLIANO, Paulo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: Ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LIMA, Cláudia de Castro. **A história da homossexualidade e a luta pela dignidade**. Aventuras na História: para viajar no tempo. Publicado em 13 de Nov. 2012. Disponível em: <http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/historia-homossexualidade-luta-pela-dignidade-718218.shtml>. Acessado em: 01 de Set. 2016.

LOPES, Adriana Dias. *'Se um gay busca Deus, quem sou eu para julgar', diz papa*. Seção Mundo. **Revista VEJA**. Publicado em 29 de Jul. 2013. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/mundo/se-um-gay-busca-deus-quem-sou-eu-para-julgar-diz-papa/>. Acesso em: 06 de Nov. 2016.

MARTINS, Renata. **União Civil e Casamento Homoafetivo: entenda a diferença**. EBC. Publicado em: Set. 2014. Atualizado em: Jun. 2015. Disponível em: www.ebc.com.br. Acesso em: 17 de Ago. 2016.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de, **A constitucionalidade do casamento homossexual**. 1ª Edição, São Paulo: Editora LTR, 2008.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REIS, Toni. *Avanços e Desafios para os Direitos Humanos das pessoas LGBT*. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Minorias Sexuais: Direitos e preconceitos**. Brasília: Consulex, 2012.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2001.

SANTORO, Bernardo. **Sobre o Casamento Gay e Liberdade de Expressão na visão liberal**. Instituto Liberal. Publicado em: Mar. 2015. Disponível em: www.institutoliberal.org.br. Acesso em: 19 de Agosto de 2016.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

Submetido em: 04/03/2017

Aprovado em: 01/04/2017